

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Mariana Goulart

UMA ANÁLISE SOBRE A REGULAMENTAÇÃO DO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL PELA LEI 12506/2011

Curitiba

2013

Mariana Goulart

**UMA ANÁLISE SOBRE A REGULAMENTAÇÃO DO AVISO PRÉVIO
PROPORCIONAL PELA LEI 12506/2011**

Monografia de conclusão de curso de Direito apresentada na Universidade Federal do Paraná realizada na área de Direito do Trabalho, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da Prof. Aldacy Rachid Coutinho.

Curitiba

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

Mariana Goulart

UMA ANÁLISE SOBRE A REGULAMENTAÇÃO DO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL PELA LEI 12506/2011

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Aldacy Rachid Coutinho
Orientadora

Prof. Sandro Lunard Nicoladeli
Primeiro Membro

Prof. Sidnei Machado
Segundo Membro

Aos meus amados pais, Fátima Goulart e Antônio Carlos Goulart, que lutaram e abriram mão de tudo que foi necessário para que eu chegasse aonde cheguei. Sei que esforços não foram poupados e sei que se fosse preciso, tudo seria feito novamente.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado o dom da vida e a capacidade física e intelectual necessárias à esse trabalho. Aos meus pais, Fátima Goulart e Antônio Carlos Goulart, que com muito suor, amor e carinho possibilitaram, desde os primórdios, que eu tivesse uma boa formação, além de me darem bons exemplos na minha caminhada até a graduação. Ao meu irmão mais velho, Carlos Rodrigo Goulart, que sempre apoiou e acreditou nos meus objetivos, permanecendo ao meu lado durante meu ensino e formação, ensinando-me principalmente através de seu caráter e retidão. Ao meu companheiro, amigo e namorado Gabriel Lucchesi Montenegro, que abriu mão de várias horas de lazer ao meu lado para que este trabalho fosse concluído, além de sempre me proporcionar apoio e amor incondicional em absolutamente tudo que me proponho a fazer. Aos Professores desta casa, que me passaram o conhecimento Jurídico necessário para que eu pudesse escrever esta Monografia. Agradeço por fim, a todos os demais familiares, amigos e companheiros que estiveram comigo nesta jornada, não poupando carinho e apoio, tornando minha formação mais leve e agradável. Muito obrigada!

“Tudo está fluindo. O homem está em permanente reconstrução; por isto é livre: liberdade é o direito de transformar-se.”

Lauro de Oliveira Lima.

RESUMO

O presente estudo tem o intuito de, através de uma análise doutrinária e jurisprudencial, discorrer sobre a aplicação da Lei 12.506/2011, que regulamentou a proporcionalidade do aviso prévio trazida pela Constituição Federal de 1988.

Iniciamos por uma abordagem histórica e introdutória do Direito do Trabalho ao leitor, uma vez que suas diretrizes e princípios são essenciais para compreender a escolha constitucional pela proporcionalidade do aviso prévio.

Após foi realizada uma breve análise dos contratos de trabalho, seus tipos e formas de extinção, para que pudesse ser inserida posteriormente a matéria do aviso prévio, que está inteiramente ligada ao tema da extinção contratual.

Posteriormente, adentramos ao estudo do instituto do aviso prévio em si. Foi abordada sua origem histórica, seu conceito, suas formas e seus prazos.

Por fim, discorre-se sobre a proporcionalidade do aviso prévio e sobre a sua regulamentação através da Lei 12.506/2011. Aqui, adentra-se verdadeiramente no intuito desta monografia, que é discorrer acerca das lacunas deixadas por esta lei. Analisamos temas como a retroatividade da Lei 12.506/2011, sua aplicação aos trabalhadores domésticos e rurais, como se dá a contagem dos dias excedentes aos 30 dias base, seu cabimento aos empregadores e a utilização do art. 488 da CLT para os casos em que for aplicada a proporcionalidade. Tudo isso através de pesquisa aprofundada à artigos e à jurisprudência do tema.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
Capítulo I	12
Do Direito do Trabalho	12
I.1 – Evolução Histórica.....	12
I.2 – Princípios do Direito do Trabalho.....	14
I.2.1 Princípio Protetivo	15
I.2.2 Princípio da primazia da realidade	17
I.2.3 Princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas	17
I.2.4 Princípio da Continuidade da Relação de Emprego.....	18
I.2.5 Outros Princípios	19
I.3 Contrato de Trabalho	19
I.3.1 Contrato de trabalho por prazo determinado e rescisão.....	22
I.3.2 Contrato de Trabalho por prazo indeterminado.....	25
I.3.3 Extinção do Contrato por tempo indeterminado e seus efeitos	25
Capítulo II	28
Do Instituto do Aviso Prévio	28
II.1 – Evolução Histórica	28
II.2 Conceito de Aviso Prévio	29
II.3 Prazos do Aviso Prévio.....	30
II.4 Tipos de Aviso Prévio	31
II.5 Efeitos do Aviso Prévio	32
Capítulo III	35
Da Regulamentação do Aviso prévio Proporcional	35
III.1 Da regulamentação pela Lei 12.506/2012.....	35
III.1.1 Negociações Coletivas.....	36

III.1.2 Mandados de Injunção	38
III.2 Problemas relativos à Lei 12.506/2012.....	40
III.2.1 Contagem do Aviso Prévio Proporcional.....	40
III.2.2 Eficácia da Lei no Tempo	41
III.2.3 Natureza Jurídica do excedente à 30 dias	44
III.2.4 Aplicação da lei aos rurais e domésticos	45
III.2.5 Aplicação da proporcionalidade ao empregador.....	48
III.2.6 Redução de 2 horas de trabalho/7 dias corridos	50
III.2.7 Aviso prévio proporcional e períodos de suspensão e interrupção do contrato de trabalho	53
Capítulo IV.....	57
Conclusão.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

INTRODUÇÃO

As partes que integram a relação de emprego não possuem uma igualdade jurídica, sendo já constitutivo da contratualidade o fato de que o empregado encontra-se em posição de subordinação (ao menos jurídica) com relação ao empregador. O Direito do Trabalho surge com o intuito de proteção dessa parte hipossuficiente, trazendo ao empregado condições que possam garantir, ou ao menos tentar, a supressão destas desigualdades e a inibição de condutas abusivas por parte do empregador.

É nesse contexto que surge o instituto do Aviso Prévio como um direito rescisório. Ele vem para garantir que os princípios do Direito do Trabalho, principalmente o da Continuidade da Relação de Emprego, sejam observados, protegendo, dessa forma, principalmente o empregado (que é o mais prejudicado com o término da relação de emprego), mas também o empregador, que possui a expectativa da continuidade do contrato de trabalho firmado.

É após a Constituição Federal de 1988 que esse Instituto, que antes era tido apenas como uma forma de garantia recíproca da relação de emprego, passa a ter status de direito fundamental garantido ao empregado, integrando o sistema constitucional de proteção ao trabalhador.

Dessa forma, a proporcionalidade do aviso prévio surge, dentre outros motivos, para garantir ao empregado o tempo necessário para que procure um novo emprego, de modo que os prejuízos econômicos de uma dispensa sejam minimizados. Assim, esta proporcionalidade trará uma limitação econômica ao uso do poder diretivo do empregador, de forma que se o empregador quiser dispensar o empregado imotivadamente, terá que arcar com as consequências deste ato.

Apesar da garantia ter sido trazida pela Constituição Federal de 1988 seu status era de norma de eficácia limitada dependente de regulamentação e isso só ocorreu em 2011 com o advento da Lei 12.506/2011. Ocorre, porém, que apesar de regulamentada, a aplicação do Aviso Prévio proporcional continuou obscura, pois a Lei trouxe consigo diversas dúvidas e controvérsias quanto sua aplicação e efetivação, frutos de uma redação dúbia e insuficiente por parte do legislador. Ou seja, o empregado viu seu direito fundamental ser suprimido durante mais de 20 anos e após todo esse tempo, ainda recebeu uma regulamentação precária.

O presente trabalho tem como intuito pesquisar acerca do Instituto do Aviso Prévio Proporcional, destacando sua importância para o Direito do Trabalho e para a proteção do empregado, analisando-o historicamente e discorrendo acerca das suas obscuridades após advento da Lei 12.506/2011.

Capítulo I

Do Direito do Trabalho

Neste primeiro capítulo será analisado o surgimento do Direito do Trabalho, quais suas características e princípios, além do Contrato Trabalhista atual, suas formas e sua extinção, de modo que se possa compreender, através disso, a escolha do Constituinte ao instituir a proporcionalidade do Aviso Prévio e quais seus objetivos.

I.1 – Evolução Histórica

O surgimento do Trabalho em si, se dá inicialmente através de uma ideia negativa. Como exemplo, na Bíblia teremos a primeira referência ao trabalho que surgiu como uma forma de castigo a Adão e Eva, por terem cometido pecado¹. Após desobedecer a Deus e comer do fruto proibido, ambos teriam que trabalhar, não mais podendo desfrutar do paraíso.

Na Antiguidade não há o que se falar em um Direito do Trabalho, uma vez que o trabalho era resumido à escravidão, situação em que não há sujeito de direito; pelo contrário, o trabalhador era tido apenas como um objeto desprovido de direitos, conforme bem destaca Alice Monteiro de Barros².

A primeira referência ao que seria um primórdio do Direito do Trabalho foi encontrada em Roma através de um instituto denominado “*locatio conductio*”. Segundo Sergio Martins Pinto tal instituto teria como objetivo “regular as atividades de quem se comprometia a locar suas energias ou resultado de trabalho em forma de pagamento”³.

Apesar dessa referência embrionária em Roma, o aspecto histórico mais importante para Direito do Trabalho surgiu certamente com a Revolução Industrial. Aqui as condições sociais e históricas convergiram de forma a contribuir

¹ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p 3.

² BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 5ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2009. p 55

³ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p 4.

para o surgimento e fortalecimento do Direito do Trabalho, uma vez que a economia passava a ser toda baseada no trabalho de pessoas na indústria, onde as condições de trabalho eram absolutamente desumanas. Além disso, houve o início da utilização de mulheres e crianças para o trabalho, uma vez que estes trabalhadores sujeitavam-se a salários cada vez menores. Surgiu dentro deste contexto, portanto, a necessidade de um ordenamento jurídico mais justo e protetivo⁴.

Outros marcos significativos do Direito Laboral foram a criação da OIT, que surgiu para proteger as relações entre empregados e empregadores em âmbito internacional, e o tratado de Versalhes, que trouxe significativas determinações protetivas ao empregado, como a jornada máxima de 8 horas diárias.⁵

Já no Brasil, em seus primórdios coloniais, segundo Maurício Godinho Delgado, não é possível falar em um Direito justralhista, uma vez que a economia era essencialmente agrária e baseada na escravidão sem respeito nenhum às condições mínimas de dignidade aos trabalhadores. Dessa forma, não existia à época uma relação de emprego que pudesse ensejar proteção do Direito⁶.

Após o surgimento da Lei Áurea que aboliu a escravidão, é que nasce a relação de emprego e com ela, aos poucos, os movimentos operários e as reivindicações trabalhistas. Isso se consolidou e tomou força posteriormente, com o reconhecimento da liberdade sindical pela Constituição de 1891, pela criação da OIT em 1919 e também pela entrada de diversos imigrantes no país com o intuito de exercer trabalho, o que acabou culminando na busca de melhores salários e condições para exercer labor.

Após essa fase, a década de 30 destaca-se como a mais importante e impulsionadora para criação de direitos trabalhistas brasileiros. A chamada “Era Getulista”, teve na figura do Presidente Getúlio Vargas um grande incentivador da causa trabalhista, o qual deu um passo inicial na criação de normas de Direito do Trabalho.⁷

Em âmbito constitucional, foi também na década de 1930 que tivemos a primeira Constituição que incluiu em seu texto direitos dos trabalhadores. A Constituição de 1934 trouxe algumas normas dispondo sobre associação sindical e incluiu em seu texto a “proteção social ao trabalhador, respeitando os interesses

⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2009. p 63-65.

⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p 8.

⁶ DELGADO, Maurício Godinho Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2010. p 69.

⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2009. p. 9-10.

econômicos do país”⁸. Ainda que trouxesse essa ressalva ao final, o texto já representou um grande avanço no sentido de proteção ao trabalhador.

Em 1943, com o Decreto-lei nº 5.452 temos o marco mais significativo para o Direito Trabalhista nacional, que é a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho. Ela surgiu enquanto unificadora de toda a legislação trabalhista que na época estava esparsa, trazendo um grande avanço para os trabalhadores brasileiros. A CLT, apesar de antiga e de já ter sofrido algumas modificações, vem sendo utilizada até os dias atuais como o principal diploma normativo no âmbito justrabalhista.

Alguns tempos depois, com a promulgação da Constituição Federal de 88, surgiram outras normas protetivas que permitiram mais um avanço do Direito Trabalhista Brasileiro. Foram arrolados diversos direitos sociais devidos aos trabalhadores rurais e urbanos, e recentemente aos domésticos, que devem ser tomados como diretrizes básicas pelo Direito do Trabalho. Dentro dessas diretrizes, é que surge o objeto de trabalho do presente estudo, o aviso prévio proporcional, que irá ser explicado e discorrido ao longo dessa monografia.

1.2 – Princípios do Direito do Trabalho

Falamos no ponto anterior a respeito da evolução histórica do Direito do Trabalho e também de sua legislação existente atualmente no Brasil. Porém, não é apenas de leis que se faz o Direito Laboral, há também uma série de princípios que servem como base de todas as relações trabalhistas. Nesse ponto, discorreremos sobre eles.

Antes, de adentrarmos aos princípios do Direito do Trabalho em si é importante estabelecer uma ressalva, que é a distinção entre os princípios gerais do Direito e os princípios peculiares ao Direito do Trabalho.

Como bem observado por Alice Monteiro de Barros⁹, “O jurista, ao interpretar a lei, deverá utilizar-se da teoria geral do direito e dela extrair, no

⁸BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2009. p. 70

⁹BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 5ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2009. p. 173.

processo de integração, os princípios gerais do direito, os princípios constitucionais e os princípios peculiares ao Direito do Trabalho.”

Ou seja, o jurista laboral jamais deve interpretar o Direito do Trabalho isoladamente, é necessário nunca perder de vista os princípios norteadores do Direito como um todo, tais como os princípios constitucionais e outros que podem ser enquadrados como princípios gerais do Direito.

Quanto à enumeração desses princípios gerais, como bem explicita Carlos Henrique da Silva Zangrando:

Não existe enumeração taxativa dos Princípios Gerais do Direito. Na verdade, essa enumeração seria até mesmo inconveniente, se não impossível. É que não se trata de algo matemático, que se possa deduzir em números. Trata-se do homem e dos acontecimentos da vida, em que tudo é absolutamente relativo e impreciso¹⁰.

Logo, neste capítulo iremos enumerar apenas os princípios peculiares ao Direito do Trabalho apesar de, como já bem explicitado, não serem apenas estes os princípios norteadores de tal ramo do Direito.

I.2.1 Princípio Protetivo

Este é tido pela maior parte da doutrina como o princípio mais importante do Direito do trabalho. Sua observação funciona como uma base que sempre deve estar presente nas relações trabalhistas. Alguns autores, inclusive, o tratam enquanto um super-princípio ou princípio reitor, no qual estaria englobado todos os demais.

Sobre o tema discorre Maurício Godinho Delgado:

¹⁰ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Curso de direito do trabalho: tomo I. São Paulo: Editora LTr, 2008. p 299

Parte importante da doutrina aponta este princípio como o cardeal do Direito do Trabalho, por influir em toda a estrutura e características próprias desse ramo jurídico especializado. Esta, a propósito, a compreensão do grande jurista uruguaio Américo Plá Rodríguez, que considera manifestar-se o princípio protetivo em três dimensões distintas: o princípio *in dubio pro operário*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica.¹¹

Dessa forma, trataremos o princípio protetivo através da subdivisão em outros 3 subprincípios: o princípio da norma mais favorável, o princípio do *in dubio pro operário* e o princípio da condição mais benéfica.

O sub-princípio da norma mais favorável será aplicado nas situações em que houver duas ou mais normas aplicáveis a determinado caso concreto, de forma que será escolhida para aplicação sempre a norma que for mais favorável ao empregado.

Já o sub-princípio do *in dubio pro operário* diz respeito à interpretação das normas de Direito do Trabalho, ou seja, quando da interpretação de uma norma surgirem dúvidas e incertezas, deverá ser tomada como correta aquela interpretação que seja mais favorável ao trabalhador. Quanto a tal princípio, Sérgio Pinto Martins faz uma ressalva afirmando que não deve ser tido como de aplicação integral no processo do trabalho, situação em que antes seria necessário uma observação das regras de inversão do ônus probatório¹².

E o último sub-princípio que pode ser retirado do princípio protetivo é o da condição mais benéfica. Segundo Maurício Godinho Delgado¹³:

Este princípio importa na garantia de preservação, ao longo do contrato, da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste de caráter de direito adquirido (art 5º, XXXVI, CF/88). Ademais, para o princípio, no contraponto entre dispositivos contratuais concorrentes, há de prevalecer aquele mais favorável ao empregado.

Ou seja, este último sub-princípio garante ao longo do contrato de trabalho que os empregados mantenham aqueles direitos que são para si mais vantajosos, como sendo um direito adquirido.

¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 9ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2010. p. 183

¹² MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 61.

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 194.

I.2.2 Princípio da primazia da realidade

Outro princípio intrínseco ao Direito do Trabalho brasileiro é o da primazia da realidade, chamado também de princípio da primazia da realidade sobre a forma. Tal princípio vem trazer ao direito trabalhista a noção de que os acontecimentos práticos e concretos têm mais valor do que as declarações de vontade eventualmente manifestadas pelas partes¹⁴.

Através desse princípio temos mais uma vez a proteção da parte hipossuficiente, que eventualmente poderia ser coagida a certas declarações ou contratos que não correspondem à realidade fática da relação trabalhista. Há, pelo direito laboral, portanto, uma valorização da situação de fato. Nesse sentido podemos citar o art. 9 da CLT:

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.¹⁵

Como podemos observar, tal artigo incorpora à CLT as diretrizes trazidas pelo princípio da primazia da realidade.

I.2.3 Princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas

Alguns autores trazem este princípio como projeção de outro princípio chamado “imperatividade das normas trabalhistas”, segundo o qual tais normas não poderiam ter sua aplicabilidade afastada de forma alguma¹⁶.

¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2013.p. 199-200

¹⁵ Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2013.p. 193.

O princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, seguindo a mesma linha protetiva trazida pelos demais, impede que o empregado possa dispor, através de qualquer tipo de manifestação de vontade, de seus direitos e garantias trazidas pelo direito do trabalho.

Ainda sobre o tema, Sérgio Pinto Martins ¹⁷ pontua que a única forma de um empregado dispor de seus direitos laborais seria perante um juiz do trabalho, pois neste caso existiria a garantia de que ele não está sendo forçado a fazê-lo. Assim sendo, o trabalhador que ainda está na empresa não pode transigir seus direitos, pois estaria suscetível a fraudes.

I.2.4 Princípio da Continuidade da Relação de Emprego

Este princípio decorre da ideia de que a proteção efetiva do trabalhador pelo Direito do Trabalho só seria possível através permanência do vínculo empregatício e da integração do trabalhador na estrutura dinâmica empresarial, segundo Maurício Godinho Delgado¹⁸.

Para Alice Monteiro de Barros o objetivo deste princípio é garantir a relação de emprego incorporando-o ao organismo empresarial e garantindo sua segurança econômica¹⁹.

Desta forma, para o direito trabalhista devem prevalecer os contratos por prazo indeterminado, sendo os contratos por prazo determinado uma exceção.

Ainda, como forma de observância da continuidade da relação de emprego é que foram criadas algumas garantias aos trabalhadores como o FGTS e o aviso prévio, que são maneiras encontradas pelo legislador de amenizar os prejuízos decorrentes de uma quebra nesta continuidade.

Desta forma, para o presente trabalho, é de suma importância que se tenha em mente tal princípio, uma vez que iremos discorrer sobre o Aviso Prévio.

¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 62.

¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 200.

¹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2009. p. 187

I.2.5 Outros Princípios

Além dos princípios citados, alguns autores acrescentam outros princípios ao direito trabalhista, como a boa-fé e a razoabilidade.

Plá Rodriguez, por exemplo, é um dos autores que enumera a boa-fé e a razoabilidade enquanto princípios específicos do Direito Trabalhista²⁰. Em que pese tal entendimento, há certa discussão doutrinária sobre a inclusão destes princípios. A maior parte dos autores entende que a boa-fé e a razoabilidade seriam princípios inerentes à quase todos os ramos do direito, sendo mais princípios éticos do que trabalhistas.

Dessa forma, o rol de princípios enumerados acima já contempla a intenção deste primeiro capítulo do nosso trabalho, que é introduzir ao leitor uma noção básica do direito trabalhista, para que seja possível compreender o contrato de trabalho e, posteriormente, o instituto do aviso prévio proporcional.

I.3 Contrato de Trabalho

A CLT, no seu artigo 442, traz a definição de contrato individual de trabalho:

Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.²¹

Na doutrina iremos encontrar certa discordância em relação ao termo “trabalho” escolhido pelo legislador. Para Sérgio Pinto Martins²² a expressão trabalho e emprego não são sinônimos, de forma que a relação de emprego seria apenas uma espécie do gênero trabalho, no qual estariam englobadas também as

²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 180.

²¹ Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

²² MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 81.

relações eventuais, autônomas, voluntárias e etc. Logo, o termo “Contrato de Trabalho” não teria sido bem empregado, uma vez que tal este restringe-se apenas às relações empregatícias.

Apesar disso, para fins didáticos, entenderemos que apesar de equivocada quanto ao termo utilizado, quando a CLT menciona “Contrato de Trabalho”, diz respeito à relação de emprego que é a espécie regulamentada por ela, e não à todos os tipos de relação de trabalho.

Nesse sentido, uma definição mais completa de Contrato de Trabalho é formulada por Maurício Godinho Delgado:

(...) negócio jurídico expresso ou tácito, pelo qual uma pessoa física coloca seus serviços à disposição de outrem, a serem prestados com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação ao tomador.²³

Essa definição complementa a trazida pela CLT, pois abarca todos os requisitos da relação de emprego (pessoa física, pessoalidade, subordinação, onerosidade e não eventualidade), restringindo o instituto do Contrato do Trabalho à espécie que é a realmente abordada pela Consolidação.

Dada a definição, passamos a analisar a caracterização do fenômeno contratual trabalhista, essa identificação do contrato de trabalho torna-se necessária, principalmente, porque ele é admitido tanto em forma expressa quanto tácita.

No procedimento de caracterização, para Maurício Godinho Delgado, é necessário indicar os componentes essenciais do fenômeno, o nexo que os mantém ligados e ainda os componentes não essenciais, mas que imprimem marca relevante ao fenômeno. Para o autor ainda, entende-se como relevante para caracterizar o fenômeno da existência de um contrato trabalhista os seguintes elementos: pacto de direito privado, sinalagmático, consensual, *intuito personae* e com a presença de todos os requisitos da relação de emprego, os quais já foram dispostos.²⁴

Sobre a natureza jurídica dos contratos trabalhistas existem duas principais teorias: a Contratualista e a Acontratualista.

A teoria Contratualista entende que a relação entre empregado e empregador é um contrato. Sérgio Pinto Martins, ao explicar essa teoria, afirma que

²³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2013. p 504.

²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 506.

a relação jurídica trabalhista é constituída e modelada por um contrato que obriga ambas as partes em direitos e deveres. Ele ainda vê o trabalho ora como compra e venda, ora como uma locação, ora como contrato de sociedade²⁵.

Existem muitas críticas a teoria Contratualista. Seja porque o trabalho não pode ser visto como mercadoria, o que foi inclusive vetado pelo Tratado de Versalhes, seja porque o contrato de sociedade não pode ser visto como de benefícios e malefícios, uma vez que o risco do empreendimento é única e exclusivamente pertencente ao empregador, segundo a ideia de alteridade trazida pela CLT.

Já a teoria Anticontratualista se subdivide em ou duas: teoria da instituição e teoria da relação de trabalho. Para Amauri Mascaro do Nascimento a teoria institucional baseia-se no seguinte: “a empresa é uma instituição, na qual há uma situação estatutária e não contratual. O estatuto prevê condições de trabalho, que são prestadas sob a autoridade do empregador, que é o detentor do poder disciplinar.”²⁶. Isso quer dizer que, o empregado quando entra para os quadros funcionais de uma empresa está sujeito à regras estatutárias, tendo que se submeter às normas já pré-estabelecidas na legislação. Esta teoria também é muito criticada, uma vez que o caráter consensual da relação de trabalho já excluiria do contrato de trabalho esse perfil institucional ou estatutário.

Já quanto à teoria da relação de trabalho, ainda segundo Amauri Mascaro: “A empresa é uma comunidade de trabalho na qual o trabalhador incorpora-se para cumprir os fins objetivados pela produção nacional.”²⁷

Nesta teoria fica claro que a existência da vontade estaria apartada da nossa noção de relação de emprego, de forma que o empregado seria apenas um meio utilizado pela economia para atingir seus fins.

Segundo Alice Monteiro de Barros o fracasso das teorias anticontratualistas está no fato de que, apesar de negarem, todas elas têm origem em um contrato, seja ele tácito ou expresso, de forma que não se pode negar a natureza contratual da relação de emprego. Para a autora tais contratos seriam do tipo “adesão”: Vejamos:

²⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 88.

²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. Curso de direito do Trabalho. 24ª ed. São Paulo: LTr. 2009. p. 150.

²⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. Curso de direito do Trabalho. 24ª ed. São Paulo: LTr. 2009. p. 151.

Sua principal relação é criar uma relação jurídica obrigacional entre as partes, porém, com caráter meramente complementar, em face de extenso rol de normas imperativas previstas em lei ou instrumentos coletivos, que fogem do domínio da autonomia da vontade e compreendem aspectos relevantes do vínculo empregatício. As partes, se desejarem celebrar o contrato, terão que aderir a elas, sem possibilidade de discussão, como, aliás, se infere do art. 444 da CLT.²⁸

Para ela, no Brasil, prevalece a teoria contratual do Contrato de trabalho, sendo este o regente da relação de emprego.

Já para outra parte da doutrina, como para Amauri Mascaro do Nascimento, o Brasil teria misturado as duas teorias, uma vez que define a relação entre empregado e empregador como um contrato, mas posteriormente indica que o contrato sempre fará correspondência à relação de emprego²⁹.

I.3.1 Contrato de trabalho por prazo determinado e rescisão

Os contratos de trabalho podem se dar por prazo determinado ou indeterminado. Conforme já vimos, tais contratos têm como característica a continuidade, ou seja, como regra geral os contratos trabalhistas devem ser firmados por prazo indeterminado. Dessa forma, as partes teriam uma maior segurança e previsibilidade na relação de emprego. Portanto, o contrato por prazo determinado ou contrato a termo é uma exceção trazida pelo Direito do Trabalho.

Os contratos a termo tem por característica possuírem um prazo para seu fim e devem sempre tratar de situações específicas como: experiência, atividades transitórias/condicionadas, prestação de serviço específico, aprendizagem e etc.

A CLT definiu-os da seguinte forma em seu art. 143:

²⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 5ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2009. p. 243.

²⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. Curso de direito do Trabalho. 24ª ed. São Paulo: LTr. 2009. p. 150.

§ 1º – Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.³⁰

A extinção de um contrato por prazo determinado pode ocorrer de duas formas: com o advento do seu termo final ou de forma antecipada. Na primeira hipótese, o contrato extingue-se sem maiores problemas e, diferentemente dos contratos por prazo indeterminado, não há o que se falar em aviso prévio ou outras verbas indenizatórias, pois já havia a expectativa de que o contrato se findaria naquele tempo. As verbas devidas, portanto, serão 13º e férias proporcionais, além de eventual saque do FGTS.

Já na hipótese de rescisão antecipada, as consequências serão definidas de acordo a parte de quem partiu a rescisão, conforme preconizado nos arts. 479 e 480 da CLT:

Art. 479 - Nos contratos que tenham termo estipulado, o empregador que, sem justa causa, despedir o empregado será obrigado a pagar-lhe, a título de indenização, e por metade, a remuneração a que teria direito até o termo do contrato.

Parágrafo único - Para a execução do que dispõe o presente artigo, o cálculo da parte variável ou incerta dos salários será feito de acordo com o prescrito para o cálculo da indenização referente à rescisão dos contratos por prazo indeterminado.

Art. 480 - Havendo termo estipulado, o empregado não se poderá desligar do contrato, sem justa causa, sob pena de ser obrigado a indenizar o empregador dos prejuízos que desse fato lhe resultarem.

§ 1º - A indenização, porém, não poderá exceder àquela a que teria direito o empregado em idênticas condições.³¹

Dessa forma, caso o empregador dispense o empregado antecipadamente, deverá pagar férias e 13º salário proporcionais com adicional do 1/3 constitucional, a indenização prevista acima no art. 479 e ainda 40% sobre o saldo do FGTS. Quanto ao FGTS, porém, importante salientar que o entendimento não é pacífico, conforme bem ressaltado por Maurício Godinho Delgado. Ele afirma que, alguns autores acreditam que a indenização do Art. 479 substituiria a indenização de 40% sobre o FGTS uma vez que teriam os mesmos fins, qual seja a indenização pela rescisão antecipada do contrato³².

³⁰Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

³¹Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

³²DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2013. P. 1145

Nesse sentido, porém, existe ainda a Súmula nº 125 do TST, a qual parece não deixar dúvidas quanto ao cabimento de ambas às indenizações:

Nº 125 CONTRATO DE TRABALHO. ART. 479 DA CLT

O art. 479 da CLT aplica-se ao trabalhador optante pelo FGTS admitido mediante contrato por prazo determinado, nos termos do art. 30, § 3º, do Decreto nº 59.820, de 20.12.1966.³³

Já na hipótese de rescisão antecipada do contrato a termo, por parte do empregado, este terá direito apenas a férias e 13º salário proporcional, não havendo o que se falar em FGTS. Quanto à indenização, há um dever por parte do empregado de indenizar o empregador dos prejuízos eventualmente causados com a rescisão antecipada. Esta indenização não pode ultrapassar o valor daquela que o empregado receberia na mesma situação, conforme o disposto no art. 480 da CLT³⁴.

Entretanto, o art. 481 da CLT ³⁵ prevê que as partes contratantes poderão estabelecer cláusula assecuratória de direito, no sentido de que, caso haja rescisão antecipada, ela se dará de acordo com as regras da rescisão nos contratos por prazo indeterminado. Ou seja, para rescisão por iniciativa do empregador teremos 13º e férias proporcionais com acréscimo de 1/3, 40% de indenização do FGTS e aviso prévio e para rescisão por iniciativa do empregado este terá direito apenas as férias e 13º proporcionais acrescidas de 1/3 e terá o dever de ofertar aviso prévio ao empregador.

Conforme podemos observar, portanto, a proteção contra rescisões abruptas e não previstas pelas partes está presente mesmo nos contratos por prazo determinado, onde acreditava-se não prevalecer o princípio da continuidade da relação de emprego. Isso torna clara a tendência do Direito do Trabalho em proteger as expectativas das partes nas relações empregatícias.

³³ Fonte: <http://www.tst.jus.br/sumulas>

³⁴ Art. 480 – Havendo termo estipulado, o empregado não se poderá desligar do contrato, sem justa causa, sob pena de ser obrigado a indenizar o empregador dos prejuízos que desse fato lhe resultarem.

§ 1º – A indenização, porém, não poderá exceder àquela a que teria direito o empregado em idênticas condições.

³⁵ Art. 481 - Aos contratos por prazo determinado, que contiverem cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antes de expirado o termo ajustado, aplicam-se, caso seja exercido tal direito por qualquer das partes, os princípios que regem a rescisão dos contratos por prazo indeterminado.

I.3.2 Contrato de Trabalho por prazo indeterminado

Os Contratos de Trabalho por tempo indeterminado são aqueles que não possuem um termo extintivo ou tempo de duração prefixado, ao contrário dos contratos a termo. Esse tipo de contrato tem ainda como característica ser a regra geral dos contratos de emprego.

Conforme bem explicita Maurício Godinho Delgado:

O caráter de regra geral que é deferido pela ordem jurídica ao contrato por tempo indeterminado confere-lhe status privilegiado: o status de presunção jurídica de sua existência em qualquer contexto de contratação empregatícia (Súmula 212 do TST). Ou seja, se há pactuação de relação de emprego, presume-se que ela tenha sido efetivada mediante contrato por tempo incerto.³⁶

Dessa forma, conforme já exposto, os contratos a termo ocorrem como exceção à regra dos contratos por prazo indeterminado. O Direito Trabalhista fez essa escolha principalmente porque a indeterminação do período da relação empregatícia é uma das formas de dar concretude ao princípio da continuidade da relação de emprego, e ainda por ser uma forma de garantir a aplicabilidade do princípio da norma mais favorável, uma vez que é apenas em tais contratos que se encontram presentes todas as garantias trazidas pelo direito do Trabalho. Dessa forma, a contratação por prazo indeterminado é a que traz o maior número de Direitos rescisórios ao trabalhador, conforme veremos no próximo tópico.

I.3.3 Extinção do Contrato por tempo indeterminado e seus efeitos

³⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 522.

Conforme já dito, é no Contrato de Trabalho por tempo indeterminado que o trabalhador terá mais garantias tanto durante o pacto laboral, quanto na rescisão deste. Ocorre, porém, que as verbas rescisórias irão se modificar de acordo com o tipo de causa que ensejar a ruptura do contrato. Dessa forma, abaixo serão inumeradas as modalidades rescisórias mais comuns dentro dos contratos por prazo indeterminado e as verbas ensejadas por elas³⁷.

A dispensa sem justa causa é, sem dúvida, a modalidade que traz como consequência a maior quantidade de verbas rescisórias, e talvez a mais comum entre as modalidades de dispensa. Aqui o empregador, utilizando-se de seu poder diretivo, dispensa o empregado sem precisar de um justo motivo para sua decisão³⁸. Em tais casos o trabalhador é pego de surpresa e sua expectativa de continuidade do pacto laboral é frustrada. Por esse motivo, o empregador deverá pagar todas as verbas rescisórias que são protetivas ao trabalhador, quais sejam: férias e 13º salário proporcionais acrescidos de 1/3, saldo de salários, liberação dos depósitos do FGTS, indenização de 40% do FGTS, fornecimento das guias de seguro desemprego e, recentemente, o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço³⁹. Cabe ressaltar que o poder diretivo do empregador na dispensa sem justa causa não é irrestrito, a CLT estabelece algumas limitações a ele principalmente através da concessão de estabilidade a alguns empregados como à grávida, ao membro da CIPA, ao empregado acidentado, dentre outras.

Já no pedido de demissão as verbas rescisórias restringem-se significativamente. Aqui o empregado, por um motivo pessoal qualquer, solicita sua demissão ao empregador e por conta disso acaba recebendo apenas as férias e o 13º salário proporcionais acrescidos de 1/3. Além disso, caso o empregador ache necessário, o empregado deverá cumprir aviso prévio por um período de 30 dias.

Outra modalidade rescisória é quando o empregador dispensa o empregado com justa causa. Tal demissão é aquela que ocorre quando o empregado comete uma das faltas graves previstas em CLT ou em outras normas aceitas. Nessa hipótese o empregado perde quase todos os seus direitos rescisórios, devendo receber apenas os salários vencidos, não tendo direito sequer à férias proporcionais, de acordo com a Súmula 171 do TST:

³⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 524.

³⁸ FURTADO, Emmanuel Teófilo. Terminação do Contrato de Trabalho. São Paulo: LTR, 1997. p.48.

³⁹ Fonte: <http://www.direitodotrabalhador.com/2012/12/verbas-devidas-ao-empregado-dispensado.html>

Súmula Nº 171 do TST FÉRIAS PROPORCIONAIS. CONTRATO DE TRABALHO. EXTINÇÃO (república em razão de erro material no registro da referência legislativa), DJ 05.05.2004:

Salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa, a extinção do contrato de trabalho sujeita o empregador ao pagamento da remuneração das férias proporcionais, ainda que incompleto o período aquisitivo de 12 (doze) meses (art. 147 da CLT) (ex-Prejulgado nº 51)⁴⁰.

Para encerrar os tipos mais comuns de rescisão de contrato por prazo indeterminado, citamos a rescisão indireta. Nessas hipóteses a rescisão contratual irá ocorrer quando o empregador, de alguma forma, desrespeitar suas obrigações contratuais levando o empregado à romper com o pacto laboral⁴¹. Nesses casos é direito do empregado todas as verbas devidas na dispensa sem justa causa.

Assim, neste tópico foram citados os tipos mais comuns de rescisão de contrato de trabalho e quais os direitos do empregado em cada uma delas. Dessa forma, já podemos ter em mente em quais casos o instituto do aviso prévio deverá ser aplicado.

⁴⁰ Fonte: http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?d=BLNK&s1=171&s2=bden.base.&pg1=NUMS&u=http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/brs/nspit/nspitgen_un_pix.html&p=1&r=1&f=G&l=0

⁴¹ FURTADO, Emmanuel Teófilo. Terminação do Contrato de Trabalho. São Paulo: LTR, 1997. p. 161.

Capítulo II

Do Instituto do Aviso Prévio

II.1 – Evolução Histórica

Segundo os ensinamentos de Alice Monteiro de Barros, o instituto do aviso prévio não teve suas origens no Direito do Trabalho. Seu surgimento se deu com as corporações de ofício, onde o instituto não seguia a ideia de reciprocidade, sendo concedido apenas pelo companheiro ao seu mestre. Posteriormente, o uso do aviso prévio foi incorporado aos costumes e integrado ao Direito Civil e ao Direito Comercial, que é onde podemos encontrar suas primeiras referências jurídicas⁴².

No Brasil, o aviso prévio foi regulamentado primeiramente pelo Código Comercial de 1850, o qual previa que os contratos poderiam ser findados por qualquer das partes, desde que houvesse pré-aviso com antecedência de 30 dias. Pouco depois, o Código Civil de 1916 também trouxe a ideia da comunicação prévia, aqui restou estabelecido que para findar qualquer contrato de locação por prazo indeterminado, a parte que deseja a rescisão deveria avisar do rompimento com a antecedência de 8 dias, 4 dias ou ao menos 24h, dependendo do tempo fixado no contrato⁴³.

Não obstante os exemplos citados, a presença do instituto do aviso prévio fora do direito trabalhista pode ser observada em diversas outras legislações brasileiras como no art. 599 do Código Civil de 2002 (rescisão do contrato de prestação de serviços); no art. 720 do Código Civil de 2002 (contratos de agência e distribuição, embora firmado entre duas pessoas jurídicas); no art. 34 da Lei nº 4.886/1965 (representação comercial autônoma); no art. 6º, Lei nº 8.245/1991 (contratos de locação); dentre outros.

Já no campo do Direito do Trabalho, o aviso prévio teve surgimento com a Lei nº 62 de 1935, onde ficou estabelecido que o empregado, unilateralmente, deveria avisar o empregador com antecedência, caso tivesse

⁴² BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 7 ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 754

⁴³ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 383.

intenção em findar o contrato de trabalho⁴⁴. Com o advento da CLT em 1943, o dever de pré-avisar tornou-se recíproco.

Posteriormente, com o advento da Constituição Federal de 1988 o aviso prévio passou a ter status de garantia constitucional trazida ao trabalhador, uma vez que inserido no Art. 7º, inciso XXI:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei.⁴⁵

Dessa forma, observamos que a evolução do aviso prévio foi no sentido de importar um instituto do Direito Ordinário para trazer mais segurança e estabilidade nas relações trabalhistas.

II.2 Conceito de Aviso Prévio

Conforme já visto, o aviso prévio é uma das formas utilizadas pelo Direito do Trabalho para proteger a relação empregatícia e suas expectativas. Para Dina Salem “O aviso prévio é o ato antecipado da rescisão contratual. É compreendido pelo prazo decorrente entre o aviso e a rescisão propriamente dita e concretizada.⁴⁶”.

Amauri Mascaro do Nascimento acrescenta esse conceito afirmando que o aviso prévio teria um “tríplice caráter: comunicação, tempo e pagamento”⁴⁷. Ou seja, ele cumpre a função de declarar à outra parte sua vontade resilitória, de

⁴⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 7 ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 956.

⁴⁵ Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

⁴⁶ SALEM, Dina Rossignoli. Direitos Rescisórios Trabalhistas. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 1992, p. 15

⁴⁷ NASCIMENTO. Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho, 21ª ed. São Paulo: LTr, 1994, p. 448

trazer um prazo para a efetiva terminação do vínculo e ainda de pagamento pelo respectivo período do aviso, seja em forma de salário; tratando-se de aviso prévio trabalhado; seja em forma de indenização; quando indenizado. Maurício Godinho Delgado chama isso de caráter tridimensional do instituto do aviso prévio.

O aviso prévio pode ser dado tanto pelo empregado quanto pelo empregador, dependendo de quem for a decisão de por fim à relação empregatícia. Seu principal objetivo quando dado pelo empregado é o de dar um tempo para que a empresa encontre outro funcionário para substituí-lo. Já quando dado pelo empregador o aviso prévio assume um caráter social que tem como objetivo diminuir as chances do funcionário ficar desempregado, uma vez que traz a ele um período para procura de uma nova oportunidade⁴⁸.

Quanto ao cabimento do aviso prévio, conforme visto acima, irá depender tanto da forma de rescisão quanto do tipo de contrato firmado entre as partes. Como regra geral, ele cabe aos contratos por prazo indeterminado em que ocorra rescisão por qualquer das partes ou quando houver rescisão indireta, ficando excluído apenas na hipótese de justa causa do empregado⁴⁹.

Já nos contratos a termo, o aviso prévio é cabível sempre que houver cláusula assecuratória de direito recíproco de antecipação do término contratual e ainda quando tratar-se de contrato de experiência, de acordo com a Súmula 163 do TST:

SÚMULA 163 TST AVISO PRÉVIO. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA
(mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003:

Cabe aviso prévio nas rescisões antecipadas dos contratos de experiência,
na forma do art. 481 da CLT (ex-Prejulgado nº 42).⁵⁰

II.3 Prazos do Aviso Prévio

Quanto aos prazos do instituto do aviso prévio a CLT estabeleceu o seguinte em seu art. 487:

⁴⁸ SALEM, Dina Rossignoli. Direitos Rescisórios Trabalhistas. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 1992, p. 15.

⁴⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 12ª ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 1211.

⁵⁰ Fonte: <http://www.tst.jus.br/sumulas>

Art. 487 – Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

I – 8 (oito) dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior;

II – 30 (trinta) dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa.⁵¹

Ocorre, porém, que com o advento da Constituição Federal de 1988 ficou estabelecido que o aviso prévio teria uma duração mínima de 30 dias, de forma que o prazo de 8 dias estabelecido na CLT não foi recepcionado⁵². Além disso, a citada Constituição trouxe consigo a ideia de proporcionalidade do aviso prévio, o qual teria duração de acordo com o tempo de serviço prestado pelo empregado.

Tal proporcionalidade, porém, foi considerada pela jurisprudência como norma sem eficácia imediata enquanto não regulamentada em Lei. Foi apenas com o advento da Lei 12.506/2011 que a proporcionalidade foi efetivamente instituída para além dos 30 dias inicialmente previstos. Com o advento da lei, para os empregados com mais de um ano de serviço na empresa o aviso prévio seguirá o critério de um aumento de três dias por ano de serviço prestado, acrescidos aos 30 dias base, perfazendo um total máximo de 90 dias.

II.4 Tipos de Aviso Prévio

O aviso prévio também pode ser classificado de acordo com o seu cumprimento. Ele pode ser trabalhado, que ocorre quando o empregado continua prestando serviços, ou indenizado, que ocorre quando o trabalhador é dispensado do cumprimento do aviso prévio recebendo uma contraprestação equivalente. Este último é o tipo de aviso prévio mais utilizado atualmente, tendo em vista que evita o

⁵¹ Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

⁵² DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 12ª ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 1176.

desgaste das partes ao manter relações por mais um mês, já sabendo do desejo de rescisão.

Maurício Godinho Delgado afirma ainda, que houve uma tentativa por meio das partes das relações de emprego em criar um terceiro tipo de aviso prévio, o “cumprido em casa”⁵³. Nele o empregado ficaria em casa à disposição do empregador durante o período do aviso prévio de forma que não trabalharia e também não receberia uma indenização. Para o autor tal prática consistia em um abuso de direito, de forma que, ao ser percebida pela jurisprudência, foi rapidamente enquadrada no tipo legal do aviso prévio indenizado pela OJ 14, SDI-TST:

AVISO PRÉVIO CUMPRIDO EM CASA. VERBAS RESCISÓRIAS. PRAZO PARA PAGAMENTO. - DJ 20.04.2005

Em caso de aviso prévio cumprido em casa, o prazo para pagamento das verbas rescisórias é até o décimo dia da notificação de despedida.⁵⁴

Dessa forma, este terceiro tipo de aviso prévio foi quase que totalmente inibido, restando apenas as duas formas originais já citadas.

II.5 Efeitos do Aviso Prévio

O primeiro efeito trazido pelo instituto é a fixação da data de denúncia do contrato pela parte que irá conceder o aviso prévio. Esta declaração de rescisão por uma das partes possui efeitos constitutivos, ou seja, é a partir dela que os efeitos jurídicos inerentes ao Aviso Prévio terão início.

O segundo efeito jurídico do prévio aviso diz respeito ao prazo. Hoje, após a Constituição Federal de 1988 e com o advento da Lei 12.506/2011 o padrão do aviso prévio para aqueles que possuem até 1 ano de labor na empresa é de 30 dias, para os demais atende-se o critério da proporcionalidade até um máximo de 90

⁵³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 12ª ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 1178.

⁵⁴ Fonte: <http://tstsumulas.blogspot.com.br/2011/07/oj-14-sdi1-tst.html>

dias. Para todos eles, o período do aviso prévio irá ser totalmente integrado ao contrato para todos os fins. Essa integração é de suma importância, pois um eventual reajuste normativo ocorrido nesse período irá ser incluído aos direitos trabalhistas do empregado⁵⁵. Além disso, no período do aviso prévio as principais obrigações trabalhistas das partes permanecem, havendo a possibilidade, inclusive, de ocorrer infração trabalhista durante este período.

Tendo isso em vista, é importante ressaltar que o aviso prévio não extingue o vínculo empregatício, ele apenas estabelece um prazo para que isso ocorra. Dessa forma é possível que durante esse lapso temporal a parte concedente venha a arrepender-se, de modo que o contrato de trabalho voltará ao status anterior, não sofrendo nenhuma modificação. Sobre isso a CLT afirma o que segue:

Art. 489 - Dado o aviso prévio, a rescisão torna-se efetiva depois de expirado o respectivo prazo, mas, se a parte notificante reconsiderar o ato, antes de seu termo, à outra parte é facultado aceitar ou não a reconsideração.

Parágrafo único - Caso seja aceita a reconsideração ou continuando a prestação depois de expirado o prazo, o contrato continuará a vigorar, como se o aviso prévio não tivesse sido dado.⁵⁶

Outro efeito jurídico trazido pelo aviso prévio é o pagamento. O empregador deverá remunerar o período do aviso prévio ou indeniza-lo em valor correspondente ao salário mensal do empregado acrescido de todas as verbas habituais recentes. No que diz respeito ao aviso prévio proporcional, o cálculo segue esses mesmos critérios técnicos e jurídicos⁵⁷.

As diretrizes quanto ao pagamento do aviso prévio citadas correspondem às situações em que ele é concedido pela empresa, mas como ocorre tal pagamento quando há pedido de demissão? Nessas hipóteses o empregado deverá cumprir o aviso prévio de forma trabalhada, porém caso se recuse, o empregador poderá reter no saldo de salário do empregado o valor correspondente ao número de dias do aviso prévio não concedido, segundo o parágrafo 2 do art. 487 da CLT:

⁵⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 12ª ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 1216.

⁵⁶ Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

⁵⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 12ª ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 1216.

“§ 2º – A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.”⁵⁸

Nesses casos, porém, é importante frisar uma distinção entre a indenização paga pelo empregador e a indenização do empregado, esta fica limitada ao período máximo de 30 dias, enquanto aquela atenderá o princípio da proporcionalidade instituída pela Lei 12.506/2011⁵⁹.

⁵⁸ Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

⁵⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 12ª ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 1217.

Capítulo III

Da Regulamentação do Aviso prévio Proporcional

Conforme visto no capítulo anterior, o aviso prévio proporcional foi instituído pela Constituição Federal de 1988 como uma das garantias trazidas aos trabalhadores através do seu art. 7º.

Apesar de ter havido certa discussão quanto à aplicabilidade imediata das normas constitucionais que traziam consigo a locução “na forma da lei”, por fim entendeu-se que todas elas teriam caráter de norma de eficácia limitada, necessitando de lei complementar.

Segundo José Afonso da Silva, as normas constitucionais podem ser classificadas de acordo com seus efeitos. Nesse sentido tais normas poderiam ser: de eficácia plena, quando por si só produzirem efeitos em sua plenitude, sem necessidade de complementação por norma infraconstitucional; de eficácia contida, quando a norma produzir por si todos seus efeitos, porém podendo ter seu alcance restringido por norma infraconstitucional ou por limitação da própria norma; e de eficácia limitada, que ocorre quando a norma só produzirá a plenitude dos seus efeitos quando houver lei integradora⁶⁰.

Dessa forma, apesar de sua previsão constitucional, a proporcionalidade do aviso prévio, já que norma de eficácia limitada, não pôde ser efetivamente aplicada enquanto não havia lei integradora da norma constitucional. Ocorre, porém, como já sabemos, que o surgimento da norma regulamentadora foi tardio, com um atraso de vinte e três anos, de forma que muito antes da Lei 12.506/2011 houveram diversas tentativas no sentido de efetivação do texto constitucional.

III.1 Da regulamentação pela Lei 12.506/2012

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 82-83

Conforme vimos, a regulamentação pela Lei 12.506/2012 foi trazida tardiamente pelo legislador, de forma que enquanto perdurou este vácuo, a doutrina e a jurisprudência tentaram criar formas de dar aplicabilidade à garantia constitucional.

III.1.1 Negociações Coletivas

A negociação coletiva foi uma das formas encontradas para aplicar a proporcionalidade do aviso prévio enquanto não havia uma regulamentação a respeito.

Para Maurício Godinho Delgado, muito embora a jurisprudência não tenha entendido acerca da eficácia imediata da norma constitucional que institui o aviso prévio proporcional, nada impedia que através de Convenção Coletiva, Acordo Coletivo ou mesmo cláusula contratual instituísem um período de aviso prévio superior aos 30 dias trazidos pela CLT.⁶¹

No mesmo sentido é o entendimento do TST do Tribunal Superior do Trabalho, que através da Orientação Jurisprudencial 367 da SBDI-I, optou por reconhecer os avisos prévios superiores a 30 dias trazidos por meio de norma coletiva:

367. Aviso prévio de 60 dias. Elastecimento por norma coletiva. Projeção. Reflexos nas parcelas trabalhistas. (DEJT divulgado em 03, 04 e 05.12.2008).

O prazo de aviso prévio de 60 dias, **concedido por meio de norma coletiva** que silencia sobre alcance de seus efeitos jurídicos, computa-se integralmente como tempo de serviço, nos termos do § 1º do art. 487 da CLT, repercutindo nas verbas rescisórias.⁶² (GRIFO NOSSO)

Existiram, portanto, normas coletivas que se anteciparam à Lei 12.506/2011 e trouxeram adicionais de aviso prévio de acordo com número de anos

⁶¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 1196.

⁶² Fonte: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_361.htm#TEMA367

trabalhados, com faixa salarial ou com a idade do trabalhador. Tais negociações, mesmo após a regulamentação, continuam perfeitamente lícitas. Para sua aplicabilidade basta observar o princípio da norma mais favorável, ou seja, se a norma coletiva traz um adicional de 5 dias para cada ano de serviço, ela será aplicada em detrimento da Lei 12.506/2011, uma vez que é mais benéfica ao empregado. Aqui, apenas não haverá o que se falar em acúmulo das duas normas, ou seja, não é possível que o trabalhador coberto pela norma coletiva citada tenha um adicional de 8 dias por ano trabalhado, a aplicação deverá ser dada à uma norma apenas⁶³.

Já quanto ao caso dos dissídios coletivos, Gustavo Filipe Barbosa Garcia, entende que não é possível o elastecimento para acima dos 90 dias trazidos por lei:

No que se refere ao dissídio coletivo, em que se verifica o possível exercício do poder normativo pela Justiça do Trabalho (art. 114, § 2º, da Constituição da República), conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, a sua incidência é permitida apenas nas hipóteses de “vazio legislativo”, não podendo disciplinar matérias que são objeto de “reserva legal específica”. No caso do aviso prévio proporcional, como a Constituição da República, no art. 7º, inciso XXI, faz expressa menção à sua regulamentação por meio de lei, a rigor, não se admite a ampliação do referido prazo por meio de sentença normativa proferida em dissídio coletivo.⁶⁴

Em que pese esta ressalva trazida por Gustavo Filipe Barbosa Garcia, o entendimento mais aceito entre os autores, portanto, é de que a norma coletiva, através de sua autonomia normativa, pode estabelecer condições de aviso prévio mais benéficas ao trabalhador, o que será aplicado tendo em vista o princípio da norma mais favorável.

⁶³ SILVA, Homero Batista Mateus da. Em busca do tempo perdido: o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e a Lei nº12506/2011. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [On Line]. Volume 2, número 20, julho. 2013. Disponível em: http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-2212.pdf.

⁶⁴ GARCIA, Filipe Barbosa. Lei nº12506/2011 e aviso prévio proporcional. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [On Line]. Volume 2, número 20, julho. 2013. Disponível em: http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-2212.pdf.

Dessa forma, as normas coletivas que antecederam a criação da Lei 12506/2011 merecem destaque e, caso sejam mais favoráveis ao trabalhador do que a própria Lei, deverão ter sua aplicabilidade mantida.

III.1.2 Mandados de Injunção

Diante da demora do Poder Legislativo na normatização da questão, encontrou-se no remédio constitucional chamado Mandado de Injunção, um meio de impulsionar uma ação por parte do legisladores.

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes o mandado de injunção é cabível:

Sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Ao lado desse instrumento destinado, fundamentalmente, à defesa de direitos individuais contra a omissão do ente legiferante, introduziu o constituinte, no art. 103, § 2º, um sistema de controle abstrato da omissão.⁶⁵

Assim, através deste instituto criado pelo direito constitucional, tentou-se sanar os danos causados pela omissão legislativa.

Nesse sentido, foram autuados quatro mandados de injunção (autuados sob números 943, 1010, 1074 e 1090), todos pedindo a concretização do aviso prévio proporcional previsto constitucionalmente. Em 22/07/2011 o Supremo Tribunal Federal suspendeu o julgamento conjunto dos quatro mandados após o reconhecimento da tese de que a omissão do Poder Legislativo deveria ser suprida pela concretização no próprio julgado. A suspensão foi defendida pelo relator Ministro Gilmar Mendes, para um melhor exame do direito postulado.

Importante ressaltar os impasses ocorridos durante o julgamento. Em uma das teses criadas pelos ministros defendeu-se que a proporcionalidade deveria

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1205

obedecer a um acréscimo de 10 dias por ano trabalhado, respeitado o período mínimo de 30 dias. Outra tese levantada defendia que a proporcionalidade deveria ser aplicada de acordo com a idade do trabalhador.

Após a discussão acerca da proporcionalidade estar em voga no STF, a imprensa especulou que os deputados e senadores espantaram-se com a consequência de sua inércia e em menos de 3 meses foram feitas as votações nas duas casas legislativas, tendo a Lei 12.506/2011 sido publicada no dia 11 de outubro⁶⁶.

Verdadeiras as especulações trazidas acima ou não, a verdade é que a Lei foi aprovada às pressas, de modo que sua redação foi bastante reduzida, trazendo em seu corpo apenas 2 artigos:

Art. 1º O aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa.

Parágrafo único. Ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.⁶⁷

Segundo Jorge Luiz Souto Maior, a atuação às pressas do Congresso é reprovável, tendo ocorrido apenas por receio de que se a questão não fosse rapidamente regulamentada, o Supremo Tribunal Federal o faria⁶⁸.

Desse modo, as lacunas e inconsistências trazidas pela regulamentação são diversas e serão elencadas a seguir.

⁶⁶ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Aviso Prévio Desproporcional. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [On Line]. Volume 2, número 20, julho. 2013. Disponível em: http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-2212.pdf.

⁶⁷ fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12506.htm

⁶⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Aviso Prévio Desproporcional. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [On Line]. Volume 2, número 20, julho. 2013. Disponível em: http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-2212.pdf.

III.2 Problemas relativos à Lei 12.506/2012

III.2.1 Contagem do Aviso Prévio Proporcional

No que se refere à contagem do aviso prévio proporcional temos 3 linhas interpretativas, segundo Jorge Luiz Souto Maior.

A primeira delas aplicaria à questão o art. 132 do Código Civil e a Súmula 380 do TST sendo a aquisição dos 3 dias citados na Lei apenas após 12 meses inteiros de trabalho. Assim, apenas ao final do segundo ano de trabalho o empregado iria adquirir direito ao acréscimo de 3 dias no seu aviso prévio. Esta tese foi a adotada pelo Ministério do Trabalho e Emprego na publicação Nota Técnica n.º 184/2012 CGRT/SRT/TEM, nela o MTE entende que o trabalhador só iria adquirir direito à proporcionalidade após o segundo ano de emprego.

No mesmo sentido do MTE é o entendimento de Sérgio Pinto Martins:

Para cada ano de serviço haverá acréscimo de 3 dias no aviso prévio de 30 dias. É preciso que o ano seja completo, pois a lei faz referência à 3 dias por ano de serviço prestado na mesma empresa.

(...)

A lei estabelece a regra de três dias por ano de serviço prestado na mesma empresa e não para cada novo ano de trabalho.⁶⁹

⁶⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. nº270. Dezembro de 2011.

Tais entendimentos, porém, foram muito rebatidos, pois seriam restritivos aos direitos dos trabalhadores. Dessa forma, surgiram diversos outros posicionamentos que procuraram buscar uma tese interpretativa mais benéfica aos trabalhadores. Para elas a proporcionalidade deveria ser aplicada também a períodos inferiores a um ano, a partir do segundo ano de contrato.

Uma dessas hipóteses mais benéficas, tentou dividir o acréscimo de 3 dias ao longo do segundo ano de contrato, assim seria conferido um dia de acréscimo a cada 4 meses de trabalho. Se o trabalhador trabalhasse por 1 ano e 5 meses, teria ao final deste período 34 dias de aviso prévio.

Por fim, outra hipótese mais benéfica aos trabalhadores surgiu através de uma interpretação analógica do Art 478 da CLT que estabelece que a indenização pela rescisão do contrato de trabalho para os estáveis seria na proporção de uma remuneração mensal por um ano de trabalho ou prazo superior a seis meses. Nesse sentido, a solução trazida seria aplicar a regra de forma análoga para aquisição dos três dias acrescidos ao aviso prévio normal pelo tempo contratual de um ano ou fração superior a seis meses de trabalho⁷⁰.

Em que pese tais tentativas, para Homero Batista, a interpretação mais correta do acréscimo de 3 dias seria a de que se exclui da contagem o primeiro ano de serviço, de modo que a inclusão de 3 dias se dará por ano de serviço, a partir do segundo ano de contrato⁷¹.

III.2.2 Eficácia da Lei no Tempo

Quanto à eficácia da lei no tempo, também temos certa divergência doutrinária. Contudo, é pacífico que as disposições contidas na Lei não valeriam

⁷⁰ GARCIA, Filipe Barbosa. Lei nº12506/2011 e aviso prévio proporcional. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [On Line]. Volume 2, número 20, julho. 2013. Disponível em: http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-2212.pdf.

⁷¹ SILVA, Homero Batista Mateus da. Em busca do tempo perdido: o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e a Lei nº12506/2011. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [On Line]. Volume 2, número 20, julho. 2013. Disponível em: http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-2212.pdf.

apenas para os contratos que teriam início após sua publicação, mas vale também para aqueles que já estavam em vigor neste momento.

A controvérsia, porém, surgiu quanto à aplicação ou não da proporcionalidade aos empregados que estavam cumprindo aviso prévio no momento da aprovação da Lei 12.506/2011.

Sobre o tema afirma Maurício Godinho Delgado:

No tocante à proporcionalidade (que é a única novidade a ser aqui tratada), ela tem, naturalmente, efeito estritamente imediato, a contar de 13 de Outubro de 2011, em respeito ao princípio e regra do efeito jurídico meramente imediato das leis no Brasil, segundo direito fundamental estabelecido na própria Constituição (Art, 5º, XXXVI, CF/88). O efeito imediato captura as situações posteriores a 13.10.2011 (avisos dados depois da publicação da lei) e também as situações em andamento, não inteiramente concluídas (ou seja, avisos prévios em fluência no dia 13.10.2011); porém, a proporcionalidade jamais abrangerá avisos prévios já inteiramente consumados na data de publicação da lei nova, pois não efeito retroativo de regra jurídica ou de lei de direito material no país (art 5º, XXXVI, CF/88).

Logo, para o autor a proporcionalidade não só alcançaria as relações jurídicas já iniciadas, como também abrangeria os avisos prévios em curso na data de publicação da lei. O pensamento de Delgado é no sentido de que, se e admitida pela jurisprudência diversas hipóteses de modificação do aviso prévio por fato superveniente, seria perfeitamente possível a modificação no período de aviso prévio pela publicação da lei que regulamente a proporcionalidade. Lembrando que o aviso prévio não encerra por si só a relação de emprego, apenas estabelece um termo para o seu fim; fatos supervenientes, como uma justa causa ou a concessão de auxílio doença durante o período, podem modificar sua aplicação.

Contrariamente é o entendimento de Sérgio Pinto Martins. Ele afirma que a lei não pode valer para os avisos prévios que estavam sendo cumpridos na data de sua publicação, pois se assim fosse a lei estaria retroagindo. Essa retroatividade causaria uma insegurança jurídica para as empresas, que não teriam

como adivinhar no momento de concessão do aviso prévio que o aviso prévio proporcional passaria a ser regulamentado por lei. Dessa forma, para o autor só estariam abarcadas por lei as resilições contratuais ocorridas após sua publicação⁷².

Nesse sentido o MTE ao emitir a nota técnica, se posicionou contrariamente à retroatividade da lei:

5. Da impossibilidade da aplicação retroativa da Lei 12.506/2011 e o princípio da segurança jurídica:

Temos no ordenamento jurídico o princípio do ato jurídico perfeito, insculpido no inciso XXXVI, do Art. 5º da Constituição Federal de 1988, que consagra: “a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” Portanto, constitui ato jurídico perfeito o aviso prévio concedido na forma da lei aplicável à época da sua comunicação.

Também é princípio constitucional a legalidade, segundo qual, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, garantido no inciso II, artigo 5º da Constituição Federal, motivo pelo qual ao conceder o avio prévio sob a vigência da lei anterior, o empregador não estava compelido a regramentos futuros ainda não vigentes.

(...) Desta feita, segue-se a regra de que é do recebimento da comunicação do aviso que se estabelece os seus efeitos jurídicos.⁷³

Assim, segundo o entendimento do MTE, que vem sendo o mais aceito pela jurisprudência, a Lei 12506/2011 tem eficácia apenas para os períodos de aviso prévio iniciados após sua publicação, de forma que a lei não pode retroagir de forma a ferir o ato jurídico perfeito e o princípio da legalidade, já que quando o empregador concedeu o período de aviso prévio ao empregado, não tinha como saber da posterior publicação de uma lei mais benéfica ao trabalhador.

⁷² MARTINS, Sérgio Pinto. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. nº270. Dezembro de 2011.

⁷³ Fonte:

http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D36A2800001375095B4C91529/Nota%20T%C3%A9cnica%20n%C2%BA%20184_2012_CGRT.pdf

III.2.3 Natureza Jurídica do excedente à 30 dias

Já discorremos acerca da natureza jurídica do instituto do aviso prévio levando como base os 30 dias estabelecidos na CLT, agora resta saber qual sua natureza jurídica dos dias excedentes trazidos pela proporcionalidade.

A princípio, podemos pensar que se trata de uma norma de natureza indenizatória, uma vez que possui a característica de proteger o funcionário mais antigo, dando-lhe uma compensação maior do que àqueles que se dedicaram à empresa por menos tempo. Nesse sentido também eram as normas coletivas que vinham tratando do tema antes da regulamentação legal em 2011, elas viam a proporcionalidade como uma compensação pelos anos de serviço prestados a empresa.

Ocorre, porém, que como bem destacado por Homero Batista Mateus da Silva, a jurisprudência trabalhista já vinha dando sinais de que pretendia estender a natureza salarial do aviso prévio não só para os 30 dias base, mas para os dias excedentes⁷⁴. Nesse sentido já era o entendimento do TST explicitado através da Orientação Jurisprudencial 367 da Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho:

367. AVISO PRÉVIO DE 60 DIAS. ELASTECIMENTO POR NORMA COLETIVA. PROJEÇÃO. REFLEXOS NAS PARCELAS TRABALHISTAS.

O prazo de aviso prévio de 60 dias, concedido por meio de norma coletiva que silencia sobre alcance de seus efeitos jurídicos, **computa-se**

⁷⁴ SILVA, Homero Batista Mateus da. Em busca do tempo perdido: o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e a Lei nº 12506/2011. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [On Line]. Volume 2, número 20, julho. 2013. Disponível em: http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-2212.pdf.

integralmente como tempo de serviço, nos termos do § 1º do art. 487 da CLT, repercutindo nas verbas rescisórias.(GRIFO NOSSO)⁷⁵

Assim sendo, a natureza salarial dos dias acrescidos pela proporcionalidade do aviso prévio foi uma escolha da jurisprudência para conferir um tratamento harmônico à matéria, uma vez que os 30 dias base do aviso prévio possuem a mesma natureza salarial, e para assegurar que o trabalhador tivesse respeitados seu direito a férias, décimo terceiro salário e fundo de garantia⁷⁶.

III.2.4 Aplicação da lei aos rurais e domésticos

Logo após a regulamentação da proporcionalidade do aviso prévio, muito se discutiu a respeito da sua aplicabilidade aos empregados domésticos, uma vez que a Lei 12506/2011 além de ter sido omissa quanto à questão, utilizou em seu texto a expressão “anos trabalhados para a mesma empresa”. Apesar da controvérsia, alguns autores sustentavam que o direito poderia ser estendido a tais empregados com base no princípio da continuidade da relação de emprego, através do qual nenhuma relação poderia ser terminada de forma abrupta⁷⁷.

Tal discussão, porém, restou encerrada após a Emenda Constitucional nº 72 de Abril de 2013, a qual estendeu aos domésticos diversos direitos trabalhistas que lhes haviam sendo negados há anos, vejamos:

⁷⁵ Fonte: http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/orientacoes_jurisprudenciais.htm

⁷⁶ SILVA, Homero Batista Mateus da. Em busca do tempo perdido: o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e a Lei nº12506/2011. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [On Line]. Volume 2, número 20, julho. 2013. Disponível em: http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-2212.pdf .

⁷⁷ SILVA, Homero Batista Mateus da. Em busca do tempo perdido: o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e a Lei nº12506/2011. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [On Line]. Volume 2, número 20, julho. 2013. Disponível em: http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-2212.pdf .

Art. 7º. Parágrafo Único: São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.⁷⁸

Assim, a EC 72/2013 ao estender para os domésticos o direito ao aviso prévio previsto no Inciso XXI do art. 7º da Constituição Federal de 1988, concedeu à esses também o direito ao aviso prévio proporcional trazido pela Lei 12.506/2011.

Apesar disso, Homero Batista Mateus da Silva, ainda comenta acerca da necessidade de utilização da CLT para a concretização do aviso prévio do doméstico, uma vez que o texto constitucional por si só é muito lacunoso, deixando em aberto a forma com que será dada tal concessão/pagamento. Dessa forma, por subsídio utilizar-se-iam os postulados do art. 487 e seguintes da CLT, da mesma forma que ocorre nos casos de dispensa por justa causa do empregado doméstico, para a concessão das férias, do FGTS, dentre outros⁷⁹.

Os empregados rurais, apesar de também estarem abarcados pelo texto constitucional que os menciona expressamente no caput do Art. 7, estão abrangidos por uma Lei específica, a Lei 5.889/1973, que disciplina sobre seu aviso prévio. Dessa forma, surgiu dúvida quanto à aplicação da Lei 12506/2011 também aos rurais, uma vez que a lei menciona expressamente em regulamentar o aviso prévio trazido pela CLT e não por outras normas.

Sobre isso, muito bem explica Homero Batista Mateus da Silva, para ele:

⁷⁸ fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc72.htm

⁷⁹ SILVA, Homero Batista Mateus da. Em busca do tempo perdido: o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e a Lei nº12506/2011. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [On Line]. Volume 2, número 20, julho. 2013. Disponível em: http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-2212.pdf .

A melhor solução, portanto, reside em se entender que a Lei do Trabalho Rural, de 1973, não disciplinou todo o aviso-prévio, mas apenas a questão bastante específica da forma de redução de jornada em caso de cumprimento do período. Rememore-se a dicção do art. 15 da Lei nº 5.889/1973: “Durante o prazo do aviso-prévio, se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, o empregado rural terá direito a um dia por semana, sem prejuízo do salário integral, para procurar outro trabalho”. A lei não fala qual é o “prazo do aviso-prévio”, não trata de perda de direito ao aviso, não menciona contratos por prazo determinado, não refere conversão em pecúnia em caso de omissão do empregador, e, enfim, deixa com a CLT a quase totalidade dos assuntos, exceto a redução da jornada. Logo, toda e qualquer alteração no regime do aviso prévio na CLT repercute diretamente sobre os contratos rurais. Como reforço de argumento, vale lembrar que o direito ao aviso-prévio na rescisão indireta data de 1983 (art. 487, § 4º), enquanto que os reflexos do valor da hora extra e do reajuste normativo sobre o aviso prévio foram incorporados pelo legislador apenas em 2001 (art. 487, §§ 5º e 6º), sem que ninguém tenha levantado objeção ao alcance dessas normas para a zona rural. Por fim, jamais se perca de vista que o sistema da lei do trabalho rural é nitidamente complementar e não excludente, como nos lembra o art. 1º da Lei nº 5.889/1973: “As relações de trabalho rural serão reguladas por esta Lei e, no que com ela não colidirem, pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943(g.n)”. Essa diretriz é reiterada pelo art. 4º do Decreto no 73.726, de 12/02/1974. Não há colisão alguma entre o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço e a disciplina do trabalho rural, conclui-se.⁸⁰

Dessa forma, a melhor interpretação normativa a se dar para a Lei 12506/2011, é a de que esta se estende para além dos empregados urbanos, abrangendo também os rurais e domésticos.

⁸⁰ SILVA, Homero Batista Mateus da. Em busca do tempo perdido: o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e a Lei nº 12506/2011. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [On Line]. Volume 2, número 20, julho. 2013. Disponível em: http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-2212.pdf .

III.2.5 Aplicação da proporcionalidade ao empregador

No texto da lei que regulamenta a proporcionalidade do aviso prévio, está disposto que este “será concedido na proporção de 30 dias aos empregados”, de forma que mais uma vez, restaram dúvidas quanto à sua aplicação. Caberia a regra da proporcionalidade também para o aviso prévio concedido pelo empregado ao empregador?

Para Alice Monteiro de Barros o aviso prévio é um instituto que possui como característica a bilateralidade, ou seja, pode ser concedido tanto pelo empregado quanto pelo empregador, a depender de quem tomou a iniciativa de ruptura no contrato de trabalho⁸¹.

Amauri Mascaro no Nascimento entende da mesma forma, e complementa:

Em nosso direito, o princípio da reciprocidade do aviso prévio está previsto no art. 487, § 1º, da CLT: “A falta de aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso. A falta de aviso prévio por parte de empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.”⁸²

Seguindo esse pensamento, a proporcionalidade também caberia ao empregador, uma vez que o instituto do aviso prévio é por si só um instituto recíproco, podendo ser aplicado para proteção de qualquer uma das partes no caso de uma ruptura contratual.

⁸¹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2009. p. 990.

⁸² NASCIMENTO. Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho, 21ª ed. São Paulo: LTr, 1994, p.912.

Contrariamente, porém, é o entendimento de Gustavo Filipe Barbosa Garcia ao afirmar que:

Cabe ressaltar que a Lei 12.506/2011, ao tratar do aviso prévio, de forma nítida, estabelece a proporcionalidade devida, mas apenas em favor do empregado, e não do empregador.

Embora o empregador também tenha direito ao aviso prévio, na hipótese de (pedido de) demissão do trabalhador, o novo diploma legal é expresso a respeito do dever de se conceder, aos empregados, o aviso prévio, conforme o tempo de serviço prestado.

Assim, o autor entende que, apesar da Lei 12.506/2011 fazer referência ao aviso prévio disposto pela CLT, o legislador fez uma escolha clara, deixando de aplicar a proporcionalidade ao empregador.

Lorena de Mello Rezende, de sua parte, afirma ainda que a não aplicação da proporcionalidade aos empregadores estaria baseada na ideia de unidade constitucional, interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional:

O método sistemático constitui na interpretação que busca correlacionar todos os dispositivos normativos de uma Constituição para elucidar a interpretação a partir de um todo. A interpretação pelo método teleológico busca elucidar a finalidade da norma, e no caso da norma do aviso prévio proporcional, considerando a conquista dos trabalhadores na constitucionalização de seus direitos face ao empregador, interpretada com o restante da constituição, temos que a interpretação contrária consistiria na violação dos preceitos da constituição cidadã.⁸³.

⁸³ GARCIA, Filipe Barbosa. Lei nº12506/2011 e aviso prévio proporcional. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [On Line]. Volume 2, número 20, julho. 2013. Disponível em: http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-2212.pdf .

Deste pensamento podemos depreender que não há previsão legal ou constitucional para que o aviso prévio seja concedido ao empregador. De mais a mais, caso o aviso prévio fosse descontado do empregado proporcionalmente, isso ocasionaria uma perda muito maior ao trabalhador, o que afrontaria os princípios constitucionais e trabalhistas de proteção à parte hipossuficiente.

Importante ressaltar ainda que não merece prosperar o argumento de que a aplicação da Lei 12.506/2011 para apenas uma das partes da relação de emprego afrontaria o princípio constitucional da igualdade. Necessário lembrar que a igualdade no direito do trabalho é entendida como formal e não material⁸⁴. Essa característica jus trabalhista é muito clara quando analisamos os princípios do direito do trabalho que, tendo em vista a desigualdade entre os sujeitos da relação de emprego, estabelece proteções ao menos favorecido, visando não o detrimento de uma das partes, mas minimizar as desigualdades já existentes na sociedade.

III.2.6 Redução de 2 horas de trabalho/7 dias corridos

Diante do disposto no art. 488 da CLT, vemos que ao empregado em período de aviso prévio deverá ser concedida uma redução de 2h na jornada de trabalho, ou dispensa por 7 dias corridos. Segue o referido artigo:

Art. 488 - O horário normal de trabalho do empregado, durante o prazo do aviso, e se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, será reduzido de 2 (duas) horas diárias, sem prejuízo do salário integral.

Parágrafo único - É facultado ao empregado trabalhar sem a redução das 2 (duas) horas diárias previstas neste artigo, caso em que poderá faltar ao

⁸⁴ SILVA, Homero Batista Mateus da. Em busca do tempo perdido: o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e a Lei nº 12506/2011. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [On Line]. Volume 2, número 20, julho. 2013. Disponível em: http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-2212.pdf.

serviço, sem prejuízo do salário integral, por 1 (um) dia, na hipótese do inciso I, e por 7 (sete) dias corridos, na hipótese do inciso II do art. 487 desta Consolidação.⁸⁵

Mais uma vez, a regulamentação do aviso prévio proporcional omitiu-se, deixando de dispor sobre essa redução prevista em lei para os casos em que se aplica a proporcionalidade. Apesar disso, podemos depreender que a redução de 2 horas de trabalho poderia ser aplicada em períodos de aviso prévio superiores à 30 dias sem maiores prejuízos, uma vez que a proporcionalidade não viria a interferir em nada nessa redução. A dúvida, porém, é quanto aos 7 dias de trabalho dispensados. Deveriam estes seguir também a regra da proporcionalidade?

Para Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho, a proporcionalidade deve ser aplicada também para os 7 dias de redução à que diz respeito à CLT. Ou seja, para ele caso o empregado tenha direito à 30 dias de aviso prévio terá uma dispensa de 7 dias, caso tenha um aviso prévio de 60 dias, poderá faltar 14 dias, e assim sucessivamente. O problema, porém, ocorreria quanto aos períodos de aviso prévio que não geram números exatos. Nas palavras do autor:

A solução exegética mais simples do parágrafo único do aludido artigo, que faculta ao empregado trabalhar sem a redução das 2 (duas) horas diárias para poder faltar ao serviço por 7 (sete) dias corridos, é tentar solucionar a questão com uma fórmula matemática simples. Se o empregado que fizer jus a 30 dias de aviso prévio pode faltar por 7 dias corridos, o que fizer jus a 60 dias poderá faltar 14 e o que fizer jus a 90 poderá faltar 21 dias. O problema é que o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço nem sempre gerará números tão redondos. Se o empregado dispensado pela empresa trabalhou apenas dois anos, fazendo jus, portanto, a um aviso prévio de 36 dias, e não quiser trabalhar durante este período com redução de jornada os seus dias de folga, segundo a mesma regra de três utilizada anteriormente, serão 8,4. E não será fácil desfrutar de 0,4 dias de folga.⁸⁶

⁸⁵ Fonte: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10707767/artigo-488-do-decreto-lei-n-5452-de-01-de-maio-de-1943>

⁸⁶ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Reflexões sobre o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reflex%C3%B5es-sobre-o-aviso-pr%C3%A9vio-proporcional-ao-tempo-de-servi%C3%A7o>

Para o autor, isso poderia ser solucionado, caso a lei fosse clara ao estabelecer que a cada 30 dias de aviso prévio adquirido pelo trabalhador, 7 dias seriam acrescidos aos seus dias de falta, caso fizesse opção pela dispensa. Ocorre, porém, que diante do silêncio da lei, a interpretação mais simples seria no sentido de não aplicar a proporcionalidade à hipótese do parágrafo único do art. 488, uma vez que este se refere apenas ao aviso prévio de 30 dias, já que declara expressamente dizer respeito apenas às hipóteses do inciso II do art. 487⁸⁷. Dessa forma, caso o trabalhador tenha direito ao aviso prévio proporcional, terá que optar apenas entre o aviso indenizado e a redução de 2h na jornada de trabalho, não cabendo a ele a opção de dispensa do trabalho por 7 dias, já que negada pela omissão da Lei 12.506/2011 e pela especificidade do art. 488.

O entendimento do MTE é mais próximo deste último posicionamento disposto por Boucinhas Filho, e pode ser observado através da nota técnica 184/2012/CGRT/SRT/TEM, ponto 6:

6. A lei 12.506/2012 e o disposto no Art 488 da CLT:

Outra dúvida que se apresenta é acerca da aplicação do disposto no Art. 488 da CLT, *in verbis*:

Art. 488 - O horário normal de trabalho do empregado, durante o prazo do aviso, e se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, será reduzido de 2 (duas) horas diárias, sem prejuízo do salário integral. Parágrafo único - É facultado ao empregado trabalhar sem a redução das 2 (duas) horas diárias previstas neste artigo, caso em que poderá faltar ao serviço, sem prejuízo do salário integral, por 1 (um) dia, na hipótese do inciso I, e por 7 (sete) dias corridos, na hipótese do inciso II do art. 487 desta Consolidação.

O dispositivo acima trata de cumprimento de jornada reduzida ou faculdade de ausência no trabalho durante o aviso prévio. Todavia a lei nº 12506/2011 em nada alterou sua aplicabilidade, pois nenhum critério de proporcionalidade foi expressamente regulado pelo legislador. Assim,

⁸⁷ Art. 487 - Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

I - oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior;

II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa.

continuam em vigência redução de duas horas diárias, bem como a redução de 7 dias durante todo o aviso prévio.

Mais uma vez, não se desconhece o entendimento do parecer nº 570/2011/CONJUR-TEM/CGU/AGU na questão, que defende a revogação da aplicação do parágrafo único do art. 488 da CLT, para os empregados com direito ao aviso prévio com duração superior a trinta dias. Entretanto, em que pese o respeito por esse ângulo de visão, tem-se que o melhor posicionamento na questão é o exposto pela Nota Técnica 35/2012/DMSC/GAB/SIT. Assim, para a Secretaria de Inspeção do Trabalho, tese a qual esta Secretaria já defendia por ocasião da assinatura do Memorando Circular nº 10 de 2011, o trabalhador poderá optar pela hipótese mais favorável entre as oferecidas pelo parágrafo único do art. 488 da CLT quando na hipótese de aviso prévio proporcional.⁸⁸

Assim, a interpretação mais aceita com relação à aplicabilidade do Art. 488 da CLT para o aviso prévio proporcional, é a de que este artigo não modifica após a edição da regulamentação do aviso prévio proporcional, não se enquadrando nos critérios de proporcionalidade recém-estabelecidos pela Lei 12506/2011.

III.2.7 Aviso prévio proporcional e períodos de suspensão e interrupção do contrato de trabalho

Ao regulamentar a proporcionalidade trazida pela Constituição Federal de 1988, a Lei 12.506/2011 deixou claro que a proporcionalidade do aviso prévio se fundamentaria no tempo de serviço do trabalhador. Tal disposição, porém, deixou dúvidas quanto à contagem para fins de aviso prévio dos períodos em que o

⁸⁸ Fonte:

http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D36A2800001375095B4C91529/Nota%20T%C3%A9cnica%20n%C2%BA%20184_2012_CGRT.pdf

contrato de trabalho se encontra interrompido, ou seja, quando o empregado resta-se afastado das atividades laborais, porém percebendo remuneração.

Para Homero Batista Mateus da Silva, tais períodos devem ser contabilizados para o cálculo do aviso prévio, uma vez que a doutrina e a jurisprudência entendem que a interrupção do contrato de trabalho é temporária e, portanto, deve contar como tempo de serviço⁸⁹.

Já a suspensão do contrato de trabalho ocorre quando cessa a prestação de serviço e o pagamento de salário por prazo indeterminado. Na maior parte desses casos, o tratamento será diferenciado, ou seja, não serão contabilizados ao tempo de serviço os períodos de suspensão. Para determinados tipos de suspensão, porém, há a contabilização do tempo de serviço. Nas palavras de Lorena de Mello:

No entanto, como há regra própria determinando a contagem do tempo de serviço para o caso da indenização (art. 4º, parágrafo único, da CLT), observando a adequação do escopo do dispositivo legal para o tipo de indenização prevista atualmente no ordenamento pátrio, ou seja, a contagem do aviso prévio indenizado tem que o empregado acidentado ou afastado do trabalho para prestação de serviço militar tem direito ao cômputo desse tempo em seu contrato de trabalho, ainda que o tempo tenha transcorrido durante o aviso prévio proporcional, havendo uma novação na contagem desse aviso, com aproveitamento do período anterior já transcorrido e ampliação dos dias pertinentes, caso tenha completado um ano ou mais de contrato com esse acréscimo, para a fruição do tempo restante – considerando a tese prevalente de que só se adquire os três dias de proporcionalidade a partir da completude do tempo de serviço de 12 meses.⁹⁰

⁸⁹ SILVA, Homero Batista Mateus da. Em busca do tempo perdido: o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e a Lei nº12506/2011. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [On Line]. Volume 2, número 20, julho. 2013. Disponível em: http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-2212.pdf .

⁹⁰ COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Aviso Prévio proporcional: reflexões. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [On Line]. Volume 2, número 20, julho. 2013. Disponível em: http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-2212.pdf .

No mesmo sentido é o entendimento de Homero Batista Mateus da Silva sobre o tema:

Em segundo lugar, é de bom alvitre que se computem os períodos de afastamento para serviço militar e em licença médica decorrente de acidente de trabalho ou doença profissional, tanto nos quinze primeiros dias quanto na concessão do auxílio doença acidentário (código 91 do INSS). Esses dois itens não são formas típicas de interrupção contratual, porque paralisam tanto o trabalho quanto a percepção do salário, mas sensibilizaram o legislador, já no art. 4º da CLT, cujo parágrafo único é enfático ao mandar incluí-los no conceito de tempo de serviço. A força do art. 4º é tamanha que o regime do fundo de garantia não ousou alterá-lo: o fundo de garantia, que se ocupa igualmente com a questão do tempo de serviço e por isso se chama FGTS, exige que os depósitos sejam mantidos durante o serviço militar obrigatório e durante o auxílio doença acidentário. Ao término do contrato de trabalho, o empregado carrega consigo ambos os períodos e ainda recebe a indenização de 40% computada sobre os depósitos daquele trecho desprovido de salário e de trabalho. Dada a longevidade do art. 4º da CLT, este artigo considera que a melhor solução será incluir os períodos de serviço militar e de auxílio doença acidentário no cálculo do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, quando a rescisão vier a ocorrer, obviamente⁹¹.

Assim, podemos depreender que na contagem do tempo de serviço considerado para fins de aviso prévio, devem ser incluídos os períodos de interrupção contratual, e excluídos os períodos de suspensão contratual, salvo quando essa ocorrer por afastamento por motivo de doença laboral/acidente de trabalho ou por serviço militar obrigatório, uma vez que a própria CLT trata com diferenciação tais hipóteses.

⁹¹ SILVA, Homero Batista Mateus da. Em busca do tempo perdido: o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e a Lei nº 12506/2011. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [On Line]. Volume 2, número 20, julho. 2013. Disponível em: http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-2212.pdf.

Capítulo IV

Conclusão

Inicialmente o Trabalho surgiu atrelado a uma ideia negativa. Era visto como forma de castigo e por diversas vezes tivemos o histórico de exploração do ser humano ligado ao trabalho. É nesse contexto que surge o Direito do Trabalho, como um instituto jurídico que busca trazer proteção à parte hipossuficiente e diminuir as igualdades sociais decorrentes da exploração da força de trabalho.

Já o aviso prévio tem seus primórdios enquanto instituto do direito civil e comercial, utilizado como uma forma de saber com antecedência do rompimento de contratos. Logo, o instituto foi trazido para o Direito do Trabalho para ser usado como garantia recíproca para as partes da relação de emprego, tornando-se posteriormente uma garantia constitucional dos trabalhadores, através da Constituição federal de 1988, que acrescentou ao aviso prévio o critério da proporcionalidade.

Apesar disso, o ordenamento jurídico restou silente quanto à efetivação de tal norma de eficácia limitada. De forma que, salvo efetivações a tais direitos trazidas por meio de norma coletiva, os trabalhadores no geral tiveram seu direito à proporcionalidade do aviso prévio cerceada durante mais de 20 anos.

No sentido de sanar o quanto antes esta omissão, foram propostos diversos mandados de injunção acerca da matéria, os quais estavam à beira de receber um posicionamento por parte do STF quando a Lei 12.506/2011 foi publicada às pressas e com uma redação paupérrima.

Através da pesquisa realizada à jurisprudência e a doutrina trabalhista sobre o tema em tela, podemos depreender da Lei 12.506/2011, ainda que de uma forma embrionária e apesar da não unanimidade dos entendimentos, que:

1. O critério da proporcionalidade pode ser utilizado a partir do início do segundo ano de serviço.

2. A lei do aviso prévio proporcional possui eficácia a partir da sua edição, de forma que não deve retroagir, nem mesmo para os avisos prévios em

curso na data de sua publicação, uma vez que isto feriria o princípio da legalidade e o ato jurídico perfeito.

3. A natureza jurídica dos dias acrescidos aos 30 dias base do aviso prévio, através da proporcionalidade, é salarial.

4. Embora a Lei não faça referência, a proporcionalidade do aviso prévio deve ser aplicada também aos domésticos e aos empregados rurais.

5. Uma vez que a proporcionalidade do aviso prévio é uma garantia constitucional inserida no rol de direitos dos trabalhadores e, tendo em vista que a lei faz menção "aos empregados" apenas, a proporcionalidade do aviso prévio não se aplica ao empregador.

6. O empregado continua tendo direito à redução da jornada em 2 horas no período de aviso prévio, ou a 7 dias corridos de falta ao serviço, seja qual for o período de aviso prévio concedido à ele.

7. Os períodos de interrupção contratual devem ser incluídos na contagem do tempo de serviço para fins de estabelecimento do aviso prévio. Os períodos de suspensão, porém, não têm o mesmo tratamento, salvo quando esta decorre de afastamento por motivo de acidente de trabalho, doença laboral ou serviço militar obrigatório.

Apesar de tais conclusões, devemos lembrar que o Direito e principalmente este tema, permanece em construção e constante modificação, de forma que os entendimentos jurisprudenciais ainda estão sendo delineados. Assim, esta pesquisa quanto à proporcionalidade do aviso prévio não resta esgotada, podendo sofrer modificações em seus entendimentos a qualquer tempo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Artigos:

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Reflexões sobre o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reflex%C3%B5es-sobre-o-aviso-pr%C3%A9vio-proporcional-ao-tempo-de-servi%C3%A7o>.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Aviso Prévio proporcional: reflexões. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [On Line]. Volume 2, número 20, julho. 2013. Disponível em: http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-2212.pdf .

GARCIA, Filipe Barbosa. Lei nº12506/2011 e aviso prévio proporcional. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [On Line]. Volume 2, número 20, julho. 2013. Disponível em: http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-2212.pdf .

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Aviso Prévio Desproporcional. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [On Line]. Volume 2, número 20, julho. 2013. Disponível em: http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-2212.pdf .

MARTINS, Sérgio Pinto. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. nº270. Dezembro de 2011.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Em busca do tempo perdido: o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e a Lei nº12506/2011. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [On Line]. Volume 2, número 20, julho. 2013. Disponível em: http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-2212.pdf .

Livros:

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 7 ed. São Paulo: LTr, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 12ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. Terminação do Contrato de Trabalho. São Paulo: LTR, 1997.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. Curso de Direito do Trabalho. 24ª ed. São Paulo: LTr. 2009.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho, 21ª ed. São Paulo: LTr, 1994

SALEM, Dina Rossignoli. Direitos Rescisórios Trabalhistas. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 1992.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 1998.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Curso de Direito do Trabalho: tomo I. São Paulo: Editora LTr, 2008.

Sites:

http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D36A2800001375095B4C91529/Nota%20T%C3%A9cnica%20n%C2%BA%20184_2012_CGRT.pdf. [Acessado em 12/09/2013]

<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10707767/artigo-488-do-decreto-lei-n-5452-de-01-de-maio-de-1943>. [Acessado em 30/09/2013]

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc72.htm. [Acessado em 15/10/2013]

http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/orientacoes_jurisprudenciais.htm. [Acessado em 21/09/2013]

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12506.html. [Acessado em 24/10/2013]

<http://tstsumulas.blogspot.com.br/2011/07/oj-14-sdi1-tst.html>. [Acessado em 17/09/2013]

<http://www.direitodotrabalhador.com/2012/12/verbas-devidas-ao-empregado-dispensado.html>. [Acessado em 20/10/2013]

http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?d=BLNK&s1=171&s2=bden.base.&pg1=NUMS&u=http://www.tst.gov.br/jurisp_rudencia/brs/nspit/nspitgen_un_pix.html&p=1&r=1&f=G&l=0. [Acessado em 27/09/2013]

<http://www.tst.jus.br/sumulas>. [Acessado em 12/10/2013]